

Prekluzije v nepravdnih predlagalnih postopkih – avstrijsko pravo

WOLFGANG JELINEK

Povzetek

Nov avstrijski zakon o nepravdnem postopku kaže, da obstajajo utemeljeni razlogi za uvedbo preiskovalnega načela v vseh nepravdnih postopkih, tudi v tistih, ki se začnejo na predlog in zadevajo stvarnopravne in stanovanjske zadeve. Kljub temu pa vsebuje avstrijski nepravdni postopek mnogo razpravnih elementov, kot npr. dolžnost strank, da sodelujejo s sodiščem pri zbiranju procesnega gradiva. Poleg tega velja v zelo omiljeni različici tudi prekluzija navajanja novot (*ius novorum*), seveda z namenom koncentracije in pospešitve postopka. Nepravočasno navajanje novih dejstev in novot ima lahko za neaktivnega udeleženca negativne posledice. Prav tako se šteje, da pasivna stranka priznava navedbe nasprotnega udeleženca, vendar pa to ne pomeni, da sodišče priznanih dejstev ne sme preizkusiti. Posledično je mogoče zaključiti, da velja v avstrijskem nepravdnem postopku oslABLJENO preiskovalno načelo.

Ključne besede: • nepravdni postopek • prekluzija • preiskovalno načelo • razpravno načelo • sodelovanje strank • koncentracija postopka • nova dejstva in dokazi • *ius novorum*

KONTAKTNI NASLOV: Dr. Wolfgang Jelinek, zaslužni profesor, Univerza Karla in Franca v Gradcu, Inštitut za avstrijsko in mednarodno procesno pravo, insolvenčno pravo in agrarno pravo, Universitätsstraße 15, Zgradba B/IV, 8010 Graz, Avstrija, e-naslov: wolfgang.jelinek@uni-graz.at

ISSN 1855-7147 Tiskana izdaja / 1855-7155 Spletna izdaja © 2010 LeXonomica (Maribor)

UDK: 347.919.1:347.932(436)

JEL: K40

Na svetovnem spletu dostopno na <http://www.lexonomica.com>

Preclusions in Non-contentious Civil Procedures – Austrian Law

WOLFGANG JELINEK

Abstract

The new Austrian Non-Contentious Civil Procedure Act has shown that there are good reasons to introduce the inquisitorial principle in kinds of non-contested procedures, even procedures regarding property and housing matters. Nevertheless the Austrian non-contentious civil procedure contains many adversarial elements, as the duty of the parties to collaborate in collecting facts and evidences. Moreover, the court also applies *ius novorum*, though in a very restrictive way, in order to concentrate the course of procedure. The party who does not adduce relevant facts in time can be precluded from adducing new facts and evidences. It is deemed that passive party acknowledges the facts of opposite party. However, that does not necessary prevent the court to investigate facts and circumstances of the case. For this reason one could say that in Austrian non-contentious civil procedure prevails the weakened inquisitorial principle.

Keywords: • non-contentious civil procedure • preclusion • inquisitorial principle • adversarial principle • parties' collaboration • concentration of procedure • new facts and evidences • *ius novorum*

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dr. Wolfgang Jelinek, Professor Emeritus, University of Graz, Institute for Austrian and International Civil Procedure, Bankruptcy and Agricultural Law, Universitätsstraße 15, Building B/IV, 8010 Graz, Austria, e-mail: wolfgang.jelinek@uni-graz.at

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2010 LeXonomica (Maribor)

UDC: 347.919.1:347.932(436)

JEL: K40

Available on-line at <http://www.lexonomica.com>

Präklusionswirkungen in außerstreitigen Antragsverfahren – Österreichisches Recht

1. Vorbemerkung

Im Rahmen der Tagung soll das durch den Titel der Arbeit umschriebene Gebiet rechtsvergleichend aus österreichischer und slowenischer Perspektive betrachtet werden. Um der Diskussion eine ausreichende Grundlage zu geben, ist hier das dem Verfasser vertraute österreichische Recht zu analysieren.

2. Zustandekommen, Funktion und Inhalt des neuen AußStrG

Nach umfangreichen, von der Wissenschaft begleiteten Vorarbeiten, ist im Jahr 2003 die Gesamtreform des österreichischen Außerstreitverfahrens beschlossen worden.¹ Sie ist auf mehrere Gesetzgebungsakte aufgeteilt: Außerstreitgesetz² (AußStrG), Außerstreit-Begleitgesetz³ und Wohnrechtliches Außerstreitbegleitgesetz.⁴

Weitere Bestimmungen, die mit der Reform verbunden sind, finden sich im Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004⁵ und im Rechnungslegungsänderungsgesetz 2004.⁶

Das neue Außerstreitgesetz enthält Allgemeine Bestimmungen (§§ 1 bis 80 AußStrG), ferner Verfahrensbestimmungen über Ehe-, Kindschafts- und Sachwalterschaftsangelegenheiten (§§ 81 bis 142 AußStrG), das Verlassenschaftsverfahren (§§ 143 bis 185 AußStrG) und Beurkundungen (§§ 186 bis 190 AußStrG) sowie Schluss- und Übergangsbestimmungen (§§ 199 ff AußStrG).

¹ Voraussetzungen, Zustandekommen, rechtspolitische Überlegungen und weitere Hinweise enthalten die sehr ausführlichen Erläuterungen der Regierungsvorlagen des neuen Außerstreitgesetzes (224 BlgNR 22. GP; künftig »ErläutRV«) und der Begleitgesetze (225 und 249 BlgNR 22. GP). Darstellungen mit weiteren Nachweisen finden sich bei Fucik, Kloiber, 2005; Rechberger, 2006; Mayr, Fucik, 2006 und Klicka, Oberhammer, Domej, 2006). Auch in Deutschland ist eine weitreichende Erneuerung durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 BGBl I 2586 erfolgt (siehe dazu Brehm, 2009: Rz 1.44 ff.

² BGBl I 2003/111.

³ BGBl I 2003/112.

⁴ BGBl I 2003/113.

⁵ BGBl I 2004/58.

⁶ BGBl I 2004/161.

Neben diesen im Stammgesetz geregelten Verfahren finden sich in anderen Gesetzen zahlreiche weitere Materien, die im Außerstreitverfahren zu erledigen sind. Auf diese sind gemäß § 1 Abs 3 AußStrG subsidiär die Allgemeinen Bestimmungen des AußStrG anzuwenden. Die Bandbreite der betroffenen Materien ist eindrucksvoll: Sie reicht von der Personensorge bis zu gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten. Denn seit Langem gibt es in jedem Segment der gerichtlichen Umsetzung des Zivilrechts Bereiche, die im Außerstreitverfahren zu erledigen sind. Diese Bereiche nehmen – jedenfalls in Österreich – zu: So sind anlässlich der Gesamtreform einige Angelegenheiten vom streitigen Verfahren des Zivilprozesses in das Außerstreitverfahren überstellt worden. Beispiele sind die Unterhaltsansprüche volljähriger Kinder gegen ihre Eltern und der Eltern gegen ihre Kinder, ferner die Erledigung strittiger Erbsprüche. Hingegen hat das Außerstreitverfahren keine Materie an den Zivilprozess abgegeben, obwohl bei einigen Angelegenheiten der außerstreitige Vollzug schwer zu rechtfertigen ist.

Im Außerstreitverfahren sind auch verschiedene sachenrechtliche Angelegenheiten zu erledigen. Besonders wichtig sind Miteigentumsangelegenheiten, Grenzstreitigkeiten, die Einräumung eines Notwegs und die Festsetzung der Enteignungsentschädigung. Auch das Grundbuchsverfahren ist ein – in vielen Belangen eigenständiges – Außerstreitverfahren.

Besondere praktische Bedeutung haben die wohnrechtlichen Außerstreitverfahren. In § 37 Mietrechtsgesetz (MRG) findet sich eine umfangreiche Aufzählung einschlägiger Angelegenheiten, etwa die Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten, die Überprüfung der Angemessenheit des Hauptmietzinses und der Betriebskosten, ferner die Rückzahlung verbotener Leistungen und Entgelte. Verwandte Regelungen enthalten § 22 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG) und § 25 Heizkostenabrechnungsgesetz (HeizKG). Einen weiteren Katalog enthält § 52 Wohnungseigentumsgesetz 2002 (WEG 2002). Es finden sich dort unter anderem die Nutzwertfestsetzung, die Kontrolle der Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft, ferner die Bestellung eines vorläufigen Verwalters und Abrechnungsangelegenheiten.

Schon dieser Überblick zeigt, dass die Gleichsetzung von Außerstreitverfahren mit Rechtsfürsorgeverfahren, wenigstens in einem engen Verständnis nicht zutreffend ist. Denn bei Miteigentumsstreitigkeiten stehen die Parteien einander nicht anders gegenüber als im Zivilprozess; sollte einer von ihnen minderjährig oder geistig behindert sein, ist dies ein Umstand, der in jedem Verfahren vorkommen kann und daher nicht die Zuweisung des Miteigentumsstreits in ein so genanntes Rechtsfürsorgeverfahren rechtfertigen kann. Es gibt allerdings auch andere Gründe dafür, die Umsetzung einer bestimmten Materie in das Außerstreitverfahren zu verweisen. Jedenfalls dann, wenn mehr als zwei Miteigentümer über die Benützung

des Wochenendhauses streiten, lassen sich deren miteinander unvereinbare Interessen nicht in das Zweiparteien-Schema des Zivilprozesses pressen. Auch ist die Verfahrensstruktur des Zivilprozesses kaum zur Erledigung von Auseinandersetzungen geeignet, in denen die Parteien eine Regelung ihrer Beziehungen benötigen, sich jedoch nicht auf eine Regelung einigen können.

Der Gesetzgeber, der diese Variantenvielfalt mit Allgemeinen Bestimmungen zu überbauen hatte, musste einige Systementscheidungen treffen. Solche Systementscheidungen werden oft als »Prozessgrundsätze« (oder »Verfahrensgrundsätze«) bezeichnet. Soweit einzelne Bestimmungen von der Systementscheidung bewusst abweichen, also dem gewählten Grundsatz zuwiderlaufen, sollten sie nicht als »systemwidrig« gebrandmarkt werden. Denn die Erfahrung lehrt, dass erst das ausgewogene Zusammenspiel von Regelungselementen, die sich auf verschiedene, abstrakt gesehen sogar einander widersprechende Grundsätze zurückführen lassen, ein praktisch brauchbares und rechtsstaatliches Verfahren konstituiert.⁷

Zu den zentralen Fragen gehört, ob in einem solchen Verfahren der aus dem Zivilprozess bekannte Antragsgrundsatz oder das Prinzip der amtswegigen Verfahrenseinleitung die Regel sein soll. Das neue österreichische Recht hat sich für die erste Alternative entschieden. Für die (im vorliegenden Zusammenhang nicht zu besprechenden) Verfahren, die (auch) von Amts wegen eingeleitet werden können, gibt es einige (allgemeine) Sonderbestimmungen.

Eine weitere Kernfrage lässt sich mit dem Begriffspaar Beibringungsgrundsatz – Untersuchungsgrundsatz festmachen. Der Gesetzgeber hat sich für den zweiten Grundsatz entschieden und ihn mit Mitwirkungspflichten der Parteien kombiniert, die unter anderem durch angemessene Präklusionsfolgen abgesichert sind. Diese kombinatorische Struktur ist, beschränkt auf Antragsverfahren, in der Folge zu besprechen.

Die Regelungselemente Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht der Partei und Präklusion stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Wenn Regelungselemente zum Untersuchungsgrundsatz gegenläufig sind, diesen also beschränken, so liegt insoweit ein Gegenstück zu einem durch offiziöse Elemente beschränkten zivilprozessualen Beibringungs- (Verhandlungs-)grundsatz vor. Ein solches Spannungsverhältnis besteht auch in vielen Zivilprozessrechten, die sich, wie das österreichische, von einer einseitigen Parteienmaxime emanzipiert haben. Insoweit bilden der gegenwärtige Stand des österreichischen Zivilprozessrechts und

⁷ Ein Paradebeispiel bieten Zivilprozessgesetze, die dem Verhandlungsgrundsatz verpflichtet sind, ihn jedoch derart mit offiziösen Elementen überlagern, dass eine treffende Charakterisierung durch herkömmliche Schlagworte nicht mehr möglich ist.

seiner Auslegung ein auch hier nicht zu vernachlässigendes Element zur Erfassung des reformierten Außerstreitverfahrens.

Besonders hervorzuheben ist, dass das neue österreichische Außerstreitverfahren mit dem österreichischen Zivilprozessrecht auf gleicher Augenhöhe steht. Insbesondere gibt es keine allgemeine Bestimmung, wonach Regelungslücken des neuen Außerstreitgesetzes durch Anwendung der Zivilprozessordnung zu schließen sind. Häufig hat der Gesetzgeber auch dort, wo im verfahrenstechnischen Bereich keine nennenswerten Unterschiede zum Zivilprozess auszumachen sind, nicht die Rechtstechnik der Verweisung gewählt, sondern eigenständige, mitunter parallele Regelungen zur Zivilprozessordnung geschaffen.

In methodischer Hinsicht ist daher festzuhalten, dass ein Verfahrensrecht seine normative Gestalt erst durch das Zusammenwirken der Regelungselemente erhält. Wenn einzelne Regelungselemente des Außerstreitverfahrens mit denen des Zivilprozessrechts übereinstimmen oder doch nahe verwandt sind, erhalten sie doch erst in der Zusammenschau mit anderen, dem Zivilprozess fremden Elementen ihre konkrete verfahrensrechtliche Bedeutung.

3. Untersuchungsgrundsatz (§ 16 Abs 1)

Das eben Gesagte wird gerade im hier zu untersuchenden Zusammenhang überaus deutlich. Sehr eigenständig heißt es in § 16 Abs 1 AußStrG:

»Das Gericht hat von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen aufgeklärt werden und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen von Amts wegen zu berücksichtigen«.

Das Gericht ist nach dieser Bestimmung⁸ verpflichtet, auch in Antragsverfahren alle für seine Entscheidung notwendigen Umstände von Amts wegen und ohne Parteiantrag zu ermitteln.⁹ Kennzeichnend für den Untersuchungsgrundsatz ist, dass das Gericht den Sachverhalt von sich aus und unabhängig von den Parteien aufzuklären hat (Paulus, 2004: Rz 212).

Das Gericht ist also für die Feststellung des Sachverhalts verantwortlich. Der Richter ist nicht auf die Tatsachen beschränkt, die die Parteien behauptet haben.

⁸ Zu Funktion und Auslegung dieser Bestimmung siehe ErläutRV zu § 16 Abs 1 AußStrG (siehe auch Fucik, Kloiber, 2005: § 16 Rz 1–3; Rechberger, 2006: vor § 13 Rz 1 und § 16 Rz 1; Mayr, Fucik, 2006: Rz 105–197; Klicka, Oberhammer, Domej, 2006: Rz 116 ff).

⁹ Ähnlich formuliert im deutschen Recht § 26 FamFG: »Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen«.

Ein Angelpunkt des Untersuchungsgrundsatzes ist die Behandlung des Zugeständnisses und der Außerstreitstellung. In Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz können die Parteien nicht über die Beweisbedürftigkeit von Tatsachen dadurch entscheiden, dass sie Behauptungen unstreitig stellen oder zugestehen (Brehm, 2009: Rz 10.22).

Es wäre allerdings ein immer wieder anzutreffendes Fehlverständnis des Untersuchungsgrundsatzes, dem Zugeständnis jedwede Bedeutung für die Sachverhaltsfeststellung abzuerkennen und zu verlangen, dass das Gericht das Vorliegen einer zwischen den Parteien unstreitigen Tatsache erst dann bejahen dürfe, wenn sich der Richter durch Beweiserhebung vom Zutreffen des Zugeständnisses überzeugt.

Eine solche Sicht wäre ein lebensfremder, verfahrensverzögernder Formalismus. Vielmehr hat ein Zugeständnis als solches einen frei zu würdigenden Beweiswert. Deshalb bestimmt § 33 AußStrG:

»Das Gericht kann von Erhebungen absehen, wenn es schon auf Grund... der unbestrittenen und unbedenklichen Angaben einer oder mehrerer Parteien davon überzeugt ist, dass eine Behauptung für wahr zu halten ist.«

Sehr treffend wird dies in den Gesetzesmaterialien (ErläutRV zu § 33 AußStrG) wie folgt begründet:

»Schlagwortartig könnte man formulieren, dass das Geständnis im Verfahren außer Streitsachen nicht vom Beweis befreit, ihn aber herstellen kann.«

Ein sehr nahe liegender und auch im Vorfeld der neuen österreichischen Kodifikation diskutierter Einwand lautet: In Antragsverfahren, in denen gleich dem Zivilprozess der Dispositionsgrundsatz besteht, sei der Untersuchungsgrundsatz verfehlt; er sollte nur dort gelten, wo das Gericht das Verfahren ohne Bindung an Parteianträge von Amts wegen einleiten, fortsetzen und beenden kann. Wenn aber ein Gericht nur im Rahmen der Parteianträge tätig werden und nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf als die Partei begehrt (vgl § 405 ZPO) sei allein der Verhandlungs- (oder Beibringungs-)grundsatz angebracht.

Der Gesetzgeber hat dennoch auch für die außerstreitigen Antragsverfahren den Untersuchungsgrundsatz eingeführt (§ 16 Abs 1 AußStrG). Er rechtfertigt das damit, dass (auch) in vielen Antragsverfahren das Allgemeininteresse oder besonders schutzwürdige Personen (§ 21 ABGB) im Vordergrund stehen (ErläutRV AußStrG Allgemeiner Teil C 2; Mayr, Fucik, 2006: Rz 105). Das Allgemeininteresse ist auf eine Entscheidung eines objektiv richtigen Sachverhalts

zentriert (vgl. Fasching, 2002: Einl Rz 13). Es ist auch für die Regelungsverfahren, in denen im Allgemeinen keine spezifisch schutzwürdigen Personen auftreten, bedeutsam, weil die Parteien nach erfolgter Regelung mit einander auskommen sollten, was durch eine »tatsachenrichtige« Entscheidung erleichtert wird (Rechberger, 2006: § 16 Rz 1). Überdies kann gerade in Regelungsstreitigkeiten nicht davon gesprochen werden, dass der verfahrenseinleitende Antrag dem Bestimmtheitsgebot einer Klage (§ 226 ZPO) entsprechen muss oder auch nur entsprechen kann.

Das zeigt, dass die Verquickung der Dispositionsmaxime mit dem Verhandlungs- (oder Beibringungs-)grundsatz auf einer durch Schlagworte geförderten *petitio principii* beruhen könnte: Mit der Belassung der Souveränität der Parteien über den prozessualen Anspruch als solchen ist nämlich keineswegs zwangsläufig die Frage beantwortet, wer dem Richter die den Streitgegenstand begründenden Fakten vermitteln soll. Diese Aufgabe kann auch dem Gericht übertragen sein. Dafür spricht, dass das Gericht nicht gehalten sein soll, eine offensichtlich mit der materiellen Rechtslage nicht im Einklang stehende Entscheidung treffen zu müssen (hierzu und zum Folgenden pointiert Paulus, 2004: Rz 212).

Hinzuweisen ist allerdings auch auf einen weiteren Aspekt: Soweit in Verfahren Personen auftreten, die rechtskundig vertreten sind, ist damit zu rechnen, dass der professionell ausgetragene Interessenwiderstreit zu einem hinreichenden Faktenvortrag führen wird. Wo aber solche Professionalität typischer Weise nicht zu erwarten ist, ist eine Hinwendung zum Untersuchungsgrundsatz angebracht.

Im Übrigen zeigt die Rechtsgeschichte, dass es auch Zivilprozessgesetze gegeben hat, die den Dispositionsgrundsatz mit dem Untersuchungsgrundsatz kombiniert haben.

Wenn das neue österreichische Außerstreitgesetz den Untersuchungsgrundsatz auch für Antragsverfahren aufrecht erhalten hat, so ist der Abstand vom österreichischen Zivilprozess weniger krass als der verbreitete Gebrauch des Gegensatzpaars »Untersuchungsgrundsatz – Beibringungsgrundsatz« vermuten lässt.

Denn vom österreichischen Zivilprozessrecht kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass in ihm ein herkömmlich ausgeprägter Beibringungsgrundsatz besteht. Ähnlich ist heute die Lage im deutschen Zivilprozessrecht, das durch mehrere Änderungsgesetze dem österreichischen Modell sehr angenähert wurde und sich vom Prozessverständnis der Entstehungszeit sehr entfernt hat.

Denn das Ziel des österreichischen Zivilprozesses ist die Entscheidung im Rahmen der Parteianträge auf möglichst vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage.

Man bezeichnet diese Ausprägung als *Sammelmaxime* (Holzhammer, 1976: 127) und spricht von einem abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz (Rechberger, Simotta, 2009: Rz 403).

Mit einem voll ausgeprägten Untersuchungsgrundsatz stimmt die Rechtslage im Zivilprozess insoweit überein, als das Gericht kraft seiner diskretionären Gewalt von Amts wegen über rechtserhebliche Tatsachen auch solche Beweise aufnehmen darf, die die Parteien nicht beantragt haben.¹⁰ Denn das Gericht hat nach der berühmten Formulierung des § 182 Abs 1 ZPO darauf hinzuwirken, dass alle »Aufschlüsse« gegeben werden, »welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen«.

Der Unterschied zum vollwertigen Untersuchungsgrundsatz des § 16 Abs 1 AußStrG liegt damit darin, dass das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht (§ 182 ZPO) zwar darauf hinzuwirken hat, »dass die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben... vervollständigt« werden, dass es aber nicht – darüber hinausgehend – von Amts wegen neuen Tatsachenstoff in den Prozess einführen darf. Darin und in der grundsätzlich beweisbefreienden Wirkung des Zugeständnisses manifestiert sich, dass im Zivilprozess ein abgeschwächter Verhandlungsgrundsatz, nicht aber ein Untersuchungsgrundsatz besteht.¹¹

Nochmals ist in diesem Zusammenhang auf die Konsequenzen einzugehen, die sich aus dem Mangel an professioneller Parteienvertretung ergeben können. Abhilfe schafft (im Zivilprozess) die sogenannte *Manuduktionspflicht*, also eine Rechtsbelehrungspflicht des Gerichts gegenüber Rechtsunkundigen (§ 432 ZPO). Dabei darf sich der Richter bloß nicht zum Anwalt des Rechtsunkundigen machen. Es ist jedoch eine nicht wegzudiskutierende Tatsache, dass auf dem Umweg über die Rechtsbelehrung die Einführung bisher nicht vorgebrachten Prozessstoffs in den Zivilprozess erfolgen kann.

Bekanntlich ist im Zivilprozess der Antagonismus der Parteiinteressen eine wesentliche Triebfeder für Vorbringen und Beweisanbote, die zur »wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes« (§ 182 ZPO) hinführen. Im neuen § 16 Abs 1 AußStrG wird das dadurch anerkannt, dass das Gericht sämtliche Hinweise auf die zu ermittelnden Tatsachen zu berücksichtigen hat.

¹⁰ Die Einschränkung des § 183 ZPO wonach Zeugen- und Urkundenbeweise gegen den übereinstimmenden Widerstand der Parteien nicht von Amts wegen aufgenommen werden dürfen, hat Lehrbüchern große, in der Praxis geringe Bedeutung.

¹¹ Sehr plastisch zu dem – dem österreichischen Recht ähnlich gewordenen – deutschen Prozessrecht: Paulus (Paulus, 2004: Rz 214), der trotz der Aufklärungspflicht (§ 139, § 278 Abs 3 dZPO) das Bestehen des Verhandlungsgrundsatzes bejaht.

4. Mitwirkungspflichten der Parteien

Eine Entscheidung im Rahmen der Parteianträge auf möglichst richtiger und vollständiger Tatsachengrundlage lässt sich nur durch eine Verteilung der Verantwortung auf die Parteien und auf das Gericht erreichen (sehr treffend Fasching, 1990: Rz 652). Das gilt nicht nur für den Zivilprozess, sondern auch für das vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Außerstreitverfahren. Sowohl das Gericht als auch die Parteien müssen redlich um die gesamte Stoffsammlung bemüht sein (ErläutRV zu § 16 Abs 2 AußStrG). Das ist der tragende Grund dafür, dass das neue Außerstreitgesetz trotz des Untersuchungsgrundsatzes den Parteien Mitwirkungspflichten auferlegt, deren Nichterfüllung nachteilige Folgen für den Untätigen nach sich ziehen kann. Denn es kann nicht Sinn des Untersuchungsgrundsatzes sein, dass sich die Parteien bequem zurücklehnen und beobachten, was das Gericht ermitteln wird.

Untersuchungsgrundsatz bedeutet nämlich nicht Alleinverantwortung des Gerichts für die Richtigkeit des Verfahrensergebnisses. Vielmehr ist auch in einem solchen Verfahren den Parteien eine Mitverantwortung auferlegt. Unterschiede zum Zivilprozess ergeben sich allerdings in der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche, wobei nicht nur das zu erwartende Wissen und Können der Parteien, die Möglichkeit professioneller Vertretung, das Schutzbedürfnis des Einzelnen und die Allgemeininteressen, sondern auch der Gegenstand des Verfahrens in die konkrete Abwägung einfließen.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten konnte das neue Außerstreitgesetz an bewährte Elemente des Zivilprozessrechts anknüpfen: Gemäß § 16 Abs 2 AußStrG¹² haben die Parteien »vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichtes maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen beziehungsweise anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichtes zu beantworten« Dies entspricht der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht des § 178 ZPO. Verweigert eine Partei die Antwort, so ist dies – obwohl im Außerstreitgesetz ein Gegenstück zu § 272 Abs 2 ZPO fehlt – frei zu würdigen (Fucik, Kloiber, 2005: § 16 Rz 4).

Hinzu kommt die Mitverantwortung der Parteien für die gründliche und rasche Sachverhaltsermittlung: Gemäß § 13 Abs 1 Satz 1 AußStrG hat das Gericht von Amts wegen »für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen und dieses so zu gestalten, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet

¹² Zur Auslegung dieser Bestimmung siehe ErläutRV zu § 16 Abs 2 AußStrG (siehe auch Fucik, Kloiber, 2005: § 16 Rz 4; Rechberger, 2006: § 16 Rz 2; Mayr, Fucik, 2006: Rz 107; Klicka, Oberhammer, Domej, 2006: Rz 116).

sind«. Dann (in § 13 Abs 1 Satz 2 AußStrG) heißt es: »Die Parteien haben das Gericht dabei zu unterstützen«. Zu einer materiellen Verfahrensleitung, die der zivilprozessualen (§ 182 ZPO) verwandt ist, tritt also eine »Verfahrensförderungspflicht« (so Mayr, Fucik, 2006: Rz 113) hinzu, die Gegenstück zur Prozessförderungspflicht des § 178 Abs 2 ZPO ist (ErläutRV zu § 13 AußStrG).

Die Mitwirkungspflicht der Parteien ist in einem weiteren Ausmaß als im Zivilprozess durchsetzbar: Erachtet es das Gericht für unverzichtbar, dass eine Partei zu einer Vernehmung kommt, eine Urkunde vorlegt oder die Besichtigung eines in ihrer Gewahrsame befindlichen Augenscheinsgegenstands ermöglicht, kann es gegen die Partei Zwangsmittel anwenden, wenn sie der Ladung oder der Aufforderung ohne berücksichtigungswürdige Gründe nicht Folge leistet (Mayr, Fucik, 2006: Rz 220). Zulässige Zwangsmittel (§ 79 Abs 2 AußStrG) sind insbesondere Geldstrafen, Beugehaft, zwangsweise Vorführung, Abnahme von Urkunden, Auskunftssachen und anderen beweglichen Sachen. (Mayr, Fucik, 2006: Rz 330) Die Aussage darf allerdings nicht erzwungen werden (Fucik, Kloiber, 2005: § 31 Rz 5; Rechberger, 2006: § 31 Rz 7). Auf Zeugen ist die Bestimmung nicht anwendbar.

In diesem Zusammenhang kann ein Seitenblick auf die Mitwirkungspflichten im deutschen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit geworfen werden: § 27 Abs 1 FamFG bestimmt, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken sollen. Die Sanktion ist allerdings fraglich (Brehm, 2009: Rz 10.23). Grundsätzlich ist nach dieser Bestimmung das Gericht nicht verpflichtet den Sachverhalt aufzuklären, wenn die Beteiligten ihre Mitwirkung verweigern, obwohl sie dazu in der Lage wären. Allerdings darf diese Begrenzung der richterlichen Aufklärungspflicht nur zulasten desjenigen gehen, der die Mitwirkungslast verletzt hat, nicht aber zulasten anderer Beteiligter (Einzelheiten bei Brehm, 2009: Rz 10.23 bis 10.25).

5. Verfahrenskonzentration durch Präklusion

Ein faires Verfahren kann nicht darin bestehen, dass bis in alle Ewigkeit mögliche Ermittlungsergebnisse zusammengetragen werden (Mayr, Fucik, 2006: Rz 107). Der Untersuchungsgrundsatz findet dort seine Grenze, wo eine weitere Beweisaufnahme nicht möglich ist oder zu einer untragbaren Verfahrensdauer führen würde (Klicka, Oberhammer, Domej, 2006: Rz 117). Diese Grenzziehung reicht aber für sich allein nicht aus, um eine akzeptable Verfahrensdauer zu erreichen.

Nicht anders als im Zivilprozess sind daher auch im Außerstreitverfahren Bestimmungen unerlässlich, die der Verfahrenskonzentration dienen und Parteien, die ihren Handlungspflichten nicht nachkommen, mit Säumnisfolgen belasten. Denn der zum Zivilprozess entwickelte Grundsatz, dass Prozessökonomie und Rechtsschutzpflicht dazu zwingen, Prozesse in einer dem Gericht und den Rechtssuchenden zumutbaren Zeitdauer zu Ende zu bringen,¹³ ist von übergreifender und daher auch im Außerstreitverfahren zu beachtender Bedeutung.

Insbesondere das Beweisverfahren kann eine Quelle für erhebliche Prozessverzögerungen sein, sei es, dass die Partei bewusst Beweise anbietet, die kaum erreichbar oder durchführbar sind, sei es, dass die Partei die Beweisführung des Gegners vereitelt, sei es, dass die erforderlichen Beweise auch ohne Zutun der Partei nur ungewiss oder schwer zugänglich sind.

Wenn einmal Streit zwischen den Parteien besteht, wird die Verzögerung zu einem taktisch einsetzbaren »Ärgerungs- und Vorteilsverschaffungspotential«; das Problem liegt weniger in der gesetzlichen Ausgestaltung des Verfahrens als vielmehr in dem guten bzw schlechten Willen der am Prozess Beteiligten (Paulus, 2004: Rz 168).

Die Rechtspolitik muss daher das Spannungsverhältnis zwischen den Postulaten einerseits der Beschleunigung des Verfahrens und andererseits der Gründlichkeit der Entscheidungsfindung bewältigen, die ihrerseits unabdingbare Voraussetzung für die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung ist (Paulus, 2004: Rz 168).

Im Außerstreitverfahren stehen Beschleunigungs- (oder Konzentrations-) regeln in einem Spannungsverhältnis nicht nur zum Untersuchungsgrundsatz, sondern auch zur »Hilfeorientiertheit« des Verfahrens, insbesondere zu den weit ausgebauten Anleitungs- und Belehrungspflichten und den weiten Verbesserungsmöglichkeiten (vgl. Mayr, Fucik, 2006: Rz 110). Ein Teil der österreichischen Rechtswissenschaft hat anlässlich der Vorbereitung des neuen Außerstreitverfahrensrechts Präklusionsbestimmungen strikt abgelehnt.¹⁴ Denn die »klassische« Wirkung der Präklusion, die Ausschließung von einer Verfahrenshandlung kollidiert mit einem schrankenlosen Streben nach Ermittlung der materiellen Wahrheit.

Nicht unerwartet haben sich jedoch diejenigen Stimmen durchgesetzt, die für »moderate«¹⁵ Präklusionsbestimmungen eingetreten sind; dass derartige

¹³ Dazu und zum Folgenden siehe die Überlegungen Faschings (Fasching, 1990: Rz 909 zur Beweispräklusion).

¹⁴ Vgl. den Bericht Rechbergers (Rechberger, § 17 Rz 1 und § 33 Rz 4).

¹⁵ Die Wendung »moderat« findet sich schon in ErläutRV zu § 33 Abs 1 (siehe auch Rechberger, 2006: § 17 Rz 1; Mayr, Fucik, 2006: Rz 214); von »abgeschwächter Form« sprechen Klicka, Oberhammer, Domej, (Klicka, Oberhammer, Domej, 2006: Rz 118).

Bestimmungen zum Untersuchungsgrundsatz gegenläufig sind, haben die Befürworter der Präklusion nicht verkannt. Selbstverständlich und mit Recht hat man nicht gleichsam mechanisch zivilprozessuale Präklusionsbestimmungen in das Außerstreitverfahren übertragen.¹⁶ Vielmehr wurden teils bereits im früheren Außerstreitverfahren erprobte Regelungselemente verallgemeinert, teils aus dem Zivilprozessrecht bekannte Präklusionstechniken in gemilderter Form übernommen.

Nicht anders als im Zivilprozess finden sich auch im Außerstreitverfahren »harte« und »weiche« Präklusionsbestimmungen.

»Hart« ist eine Präklusionsbestimmung dann, wenn sie eine Rechtsfolge ohne weiteres an die Untätigkeit einer Partei anknüpft, ohne dass dem Gericht ein Beurteilungsermessen eingeräumt wird. Das klassische Beispiel im österreichischen Zivilprozessrecht ist das Versäumungsurteil; ein Gegenstück im Außerstreitverfahren sind die Präklusionsfolgen des Unterbleibens einer fristgemäßen Äußerung zum Antrag einer anderen Partei (§ 17 AußStrG).

»Weich«, weil in den Wirkungen nicht voll vorausberechenbar und daher praktisch weniger wirksam, sind die vielfältigen Regelungsvarianten, mit denen verspätetes Vorbringen einer Partei bekämpft werden soll. Sobald solche Regelungen dem Gericht Beurteilungsspielräume gewähren, etwa dahin, ob Verzögerungsabsicht vorliegt und ob das Verfahren tatsächlich verzögert würde, ist die Zahnlosigkeit der Bestimmung vorhersehbar. Diese beruht nicht zuletzt auf der Überprüfbarkeit der Anwendung (nicht aber der Nichtanwendung!) einer solchen Bestimmung durch Rechtsmittelgerichte, wobei das Ergebnis des Rechtsmittelverfahrens kaum prognostizierbar ist. Ein in der Lehre viel diskutiertes Beispiel bietet § 33 Abs 2 AußStrG.

Zu erwähnen bleibt, dass die Tragweite von Präklusionsbestimmungen nicht isoliert betrachtet werden darf: Soweit einer Partei durch Versäumung einer Frist oder einer Verhandlung nachteilige Rechtsfolgen drohen, ist immer der weite Anwendungsbereich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 21 AußStrG mit Verweisung auf die ZPO) in Betracht zu ziehen.¹⁷

¹⁶ Die Übernahme zivilprozessualer Präklusionsnormen stand selbst in den vermögensbezogenen Antragsverfahren nicht ernsthaft zur Diskussion.

¹⁷ Die gut gemeinte, der ZPO fremde Bestimmung, wonach die Wiedereinsetzung nur dann zulässig ist, wenn der aus der Versäumung entstandene Rechtsnachteil nicht durch ein Rechtsmittel oder einen neuen Antrag abgewendet werden kann, belastet die Partei mit dem (im Zivilprozess nicht bestehenden) Risiko, durch Wahl des „falschen“ Antrags das Rechtsschutzziel zu verfehlen (mit Recht kritisch Rechberger, 2006: § 21 Rz 3).

Einzu beziehen ist, wie bereits angedeutet, auch die Ausformung des Rechtsmittelverfahrens, insbesondere des Ausmaßes der Zulässigkeit von neuem tatsächlichen Vorbringen. Wenn das in erster Instanz präkludierte Vorbringen im Rechtsmittelverfahren ohne weiteres vorgebracht werden kann, muss die Wirkung der Präklusionsnorm noch geringer sein. Mit Recht vermeidet das neue österreichische Außerstreitverfahren eine solche Konsequenz durch eine starke Beschränkung der an sich gegebenen Zulässigkeit von Neuerungen in Rekursen (§ 49 AußStrG). Wäre hingegen das Rechtsmittelverfahren nach deutschem Vorbild als »zweite Instanz« ausgestaltet (vgl. Brehm, 2009: Rz 18.48 zum Verfahren nach dem FamFG), könnten sodann erstinstanzliche Präklusionen zwanglos ausgehebelt werden.

6. Zurückweisung verspäteten Vorbringens

Die vorhin als »weich« charakterisierte »moderate« Präklusionsnorm des § 33 Abs 2 AußStrG hat folgenden Wortlaut:

»Das Gericht kann nicht erwiesene Tatsachenvorbringen unberücksichtigt lassen und von der Aufnahme von Beweisen Abstand nehmen, wenn solche Tatsachen und Beweise von einer Partei verspätet vorgebracht oder angeboten werden und bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel besteht, dass damit das Verfahren verschleppt werden soll und die Zulassung die Erledigung erheblich verzögern würde«.

Nach Auffassung der Materialien setzt diese Bestimmung eine durchaus mit dem Untersuchungsgrundsatz vereinbare Grenze für verspätetes Vorbringen; dieses könne dann zurückgewiesen werden, wenn auch das durch den Untersuchungsgrundsatz zur amtswegigen Wahrheitserforschung verpflichtete Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass es sich um ein verfahrensverschleppendes Manöver handelt (ErläutRV zu § 33 Abs 2 AußStrG). Es seien diejenigen Fälle erfasst, in denen eine Partei ihre Mitwirkungspflicht durch verschleppendes Vorbringen überstrapaziert (ErläutRV zu § 17 AußStrG).

Wie bereits erwähnt, steht diese Regelung nach Ansicht eines Teiles der Lehre mit dem Untersuchungsgrundsatz im Widerspruch, wenn auch eingeräumt wird, dass es für diese Präklusionsbestimmung gute Gründe gibt (so der Hauptkritiker der Regelung: Rechberger, 2006: § 33 Rz 4).

Voraussetzungen der Präklusion sind, dass

- die Tatsachen oder Beweise verspätet vorgebracht bzw angeboten wurden;

- kein Zweifel daran besteht, dass – bei einer objektivierten, nicht die Absichten der Parteien konkret berücksichtigenden Betrachtung – das Verfahren verschleppt werden soll, und
- durch die Zulassung der Beweise auch tatsächlich eine erhebliche Verfahrensverzögerung entstehen würde (vgl. Klicka, 1997: 73 f und ErläutRV zu § 33 Abs 2 AußStrG).

Selbst dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, besteht nach Ansicht der Gesetzesmaterialien die Befugnis des Gerichts, den Hinweisen im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nachzugehen. Es handle sich nicht um eine absolut wirkende Strafsanktion (ErläutRV zu § 33 Abs 2 AußStrG). Befürworter (Mayr, Fucik, 2006: Rz 214) der Bestimmung erwarten daher, dass diese Regelung auch wegen der weiter bestehenden Aufklärungspflicht des Gerichts in der Praxis noch weniger angewendet werden wird als ihr zivilprozessuales Gegenstück, § 179 ZPO.

Gerade die mit dem Hinweis auf die Aufklärungspflicht verbundene Relativierung der Präklusionsbestimmung bereitet Auslegungsschwierigkeiten. In diesem Zusammenhang wird vorgeschlagen, darauf abzustellen, welche Interessen durch die Präklusion noch beeinflusst werden könnten. Sollten etwa andere Parteien oder Dritte Interesse an der Ermittlung des Sachverhalts haben, so könnte die Präklusion eher überwunden werden als bei Interessen der säumigen Partei (so Rechberger, 2006: § 33 Rz 10; im Anschluss an Annerl, 2005: 234 f).

Die praktische Bedeutung dieser rechtsdogmatisch zweifellos bemerkenswerten Bestimmung ist begrenzt. Denn die Bestimmung stellt – wenigstens mittelbar – auf eine (»objektivierte«) Verschleppungsabsicht der Partei ab, was ihre rechtmittelfeste Anwendung in der Praxis nicht erleichtert. Das hat die Rechtsentwicklung im Zivilprozess gezeigt: Die Anwendung der ursprünglichen Fassung der Präklusionsbestimmung des § 179 ZPO (in der vor 1997 geltenden Fassung) war sehr oft an der mangelnden eindeutigen Feststellbarkeit der Verschleppungsabsicht gescheitert. Die (mit dem Wortlaut des § 33 Abs 2 AußStrG übereinstimmende) Neufassung des § 179 ZPO durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997 BGBl I 1997/140 konnte die Situation kaum verbessern. Der Gesetzgeber hat daher bald darauf in der Zivilverfahrens-Novelle 2002¹⁸ in § 179 ZPO die Verschleppungsabsicht durch das Tatbestandsmerkmal »grob schuldhaft nicht früher vorgebracht« ersetzt. Der 1997 formulierte objektivierte Verschleppungstatbestand fand als § 460 Z 4 Satz 2 ZPO Aufnahme in die vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten zivilprozessualen Sonderbestimmungen über die Nichtigerklärung einer Ehe und über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe zwischen den Streitparteien. Das zeigt, dass nach

¹⁸ BGBl I 2002/76.

Auffassung des Gesetzgebers die objektivierte Verschleppungsabsicht schwerer wiegt als das grob schuldhaft verspätete Vorbringen.¹⁹

Ein weiterer, sattsam bekannter Grund für die mangelnde Effizienz einer solchen Präklusionsbestimmung sind Unsicherheiten über die zu erwartende Verlängerung der Verfahrensdauer. Dies macht erstinstanzliche Präklusionsbeschlüsse leicht angreifbar, sodass auch aus diesem Grund die Neigung der Praxis reduziert ist, sich dieses Mittels zu bedienen.

7. Nichtäußerung zu einem Antrag

Gemäß § 17 AußStrG kann das Gericht eine Partei unter Setzung einer angemessenen Frist auffordern, sich zum Antrag einer anderen Partei oder zum Inhalt von Erhebungen zu äußern oder die Partei zu einer Vernehmung oder Tagsatzung laden. Lässt die Partei die Frist ungenützt verstreichen oder befolgt sie Ladung nicht, »so kann das Gericht annehmen, dass keine Einwendungen gegen die Angaben der anderen Partei oder gegen eine beabsichtigte Entscheidung auf der Grundlage des bekanntgegebenen Inhalts der Erhebungen bestehen«. Die Aufforderung zur Äußerung bzw die Ladung muss einen Hinweis auf diese Rechtsfolge enthalten und ist wie eine Klage zuzustellen.²⁰ Ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluss ist unzulässig.

Im Grundsatz geht diese Bestimmung auf den im Jahr 1977 durch das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts²¹ in das »alte« Außerstreitgesetz von 1852 eingefügten § 185 Abs 3 zurück. Auch diese Einfügung hatte ein Vorbild, nämlich § 56 Abs 2 EO. Dieser erlaubt es dem Gericht, bei Untätigkeit der Partei deren Zustimmung anzunehmen. Er steht im Zusammenhang mit dem im Exekutionsverfahren (abgesehen vom Bewilligungsverfahren) bestehenden Untersuchungsgrundsatz (§ 55 Abs 2 Satz 2 EO); er wird jedoch im Wesentlichen übereinstimmend mit § 185 Abs 3 AußStrG 1852 und § 17 AußStrG ausgelegt. Eine ähnliche Bestimmung wurde im Jahr 1982 in das ebenfalls vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Insolvenzverfahren aufgenommen (§ 175 Abs 3 KO, nunmehr § 259 Abs 3 IO).

Gemeinsamer Hintergrund dieser Bestimmungen ist die Einführung von Säumnisfolgen, die mit dem Untersuchungsgrundsatz kompatibel sind. Mit diesem Grundsatz wäre – jedenfalls nach unstreitiger Auffassung in Österreich – das

¹⁹ Kritisch Rechberger, 2006: § 33 Rz 4.

²⁰ Zur Zeit der Gesetzwerdung des AußStrG mussten Klagen zu eigenen Händen zugestellt werden. Seit der Änderung des § 106 ZPO durch das BG BGBl I 2009/52 ist auch bei Klagen eine Ersatzzustellung zulässig.

²¹ BGBl 1977/403.

Versäumungsurteil des Zivilprozesses unvereinbar (umfassend Fasching, 1990: 1393). Denn dieses Urteil beruht nach herrschender Auffassung darauf, dass das Vorbringen der nicht säumigen Partei für wahr zu halten (Fasching, 1990: 1397; Rechberger, 2006b: § 396 ZPO Rz 2)²² und auf dieser Grundlage das Urteil zu fällen ist.

Die abweichende Konzeption des § 17 AußStrG bietet die Grundlage dafür, die Untätigkeit einer Partei für das Verfahren ohne scharfen Gegensatz zum Untersuchungsgrundsatz nutzbar zu machen. Im Interesse eines schlanken, beschleunigten und damit (im Sinn des Art 6 MRK) in angemessener Frist abgeführten Verfahrens²³ enthält § 17 AußStrG einen Kompromiss zwischen den Interessen der Wahrheitsfindung und der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens (Klicka, 1997: 73; ErläutRV zu § 17 AußStrG; Mayr, Fucik, 2006: Rz 211).

Die Folge der Parteisäumnis liegt darin, dass das Gericht annehmen darf, dass die Partei keine Einwendungen gegen die Angaben der anderen Partei oder die bekannt gegebenen Erhebungsergebnisse hat. Es liegt also ein Einwendungsausschluss auf Tatsachenbasis vor, nicht aber eine Anerkenntnisfiktion oder gar eine Zustimmung (ErläutRV zu § 17 AußStrG; Fucik, Kloiber, 2005: § 17 Rz 2; Mayr, Fucik, 2006: Rz 212; Rechberger, 2006: § 17 Rz 6). Selbst bei Annahme einer Geständnisfiktion läge keine beweisbefreiende Wirkung vor, da das Zugeständnis von Tatsachenbehauptungen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes überprüfbar ist (vgl. Mayr, Fucik, 2006: Rz 222).

Eine rechtliche Unschlüssigkeit des Antrags hat das Gericht trotz der Untätigkeit der Partei dadurch zu berücksichtigen, dass es den Antrag abweist (ErläutRV zu § 17 AußStrG; Mayr, Fucik, 2006: Rz 212; Rechberger, 2006: § 17 Rz 6). Das Gericht darf zwar von weiteren Beweisaufnahmen absehen, ist aber auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes nicht gehindert, weitere Beweise zu erheben (Rechberger, 2006: § 17 Rz 6).

Die vom Versäumungsurteil erheblich abweichende Regelung erlaubt es der Partei auch, nachträglich ein Vorbringen zu erstatten. Die Einzelheiten sind allerdings strittig: Nach einer Ansicht (Fucik, Kloiber, 2005: § 17 Rz 2 und 4, § 49 Rz 7)²⁴ darf ein solches (verspätetes) Vorbringen ohne weiteres bis zur Entscheidung des Gerichts erster Instanz, jedoch keinesfalls später, im Rekurs gegen diese

²² Die Säumnis nimmt dem Vorbringen die Beweisbedürftigkeit; sie erzeugt weder eine »Wahrfiktion« noch eine »Geständnisfiktion« (so aber Holzhammer, 1976: 279 und Deixler-Hübner, 2004: § 396 Rz 14).

²³ ErläutRV zu § 17 AußStrG unter Hinweis auf die bewährten Vorläuferbestimmungen und die sie billigende Literatur.

²⁴ Im Anschluss an die Materialien und die Rechtsprechung des OGH.

Entscheidung erstattet werden; die Gegenansicht (Rechberger, 2006: § 17 Rz 6)²⁵ erlaubt das (verspätete) Vorbringen bis zur Entscheidung erster Instanz zwar nur bei genügender Entschuldigung, lässt es aber auch noch im Rekurs gegen diese Entscheidung zu, wenn die Säumnis der Partei auf einer entschuldbaren Fehlleistung beruht. Zu folgen ist dieser Auffassung, soweit sie in § 49 Abs 1 AußStrG eine eigenständige Bewertung dieses Sachproblems erblickt und daher das Nachtragen als nova reperta zulässt (Klicka, 2006: § 49 Rz 1; gegenteilig ErläutRV zu § 49 AußStrG; Fucik, Kloiber, 2005: § 17 Rz 4, § 49 Rz 7 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Wer trotz Aufforderung iSd § 17 AußStrG schweigt, nimmt sich nach zutreffender Auffassung nicht das Rechtsmittelrecht, da im Schweigen keine Zustimmung zur Entscheidung zu erblicken ist (ErläutRV zu § 17 AußStrG; Mayr, Fucik, 2006: Rz 212).

8. Beschränkte Neuerungserlaubnis im Rechtsmittelverfahren (§ 49 AußStrG)

Das Neuerungsverbot des österreichischen Zivilprozessrechts ist ein hervorragendes Mittel der Verfahrenskonzentration. Das Schwergewicht der Sachverhaltsermittlung liegt im Verfahren erster Instanz. Das Ausufern dieses Verfahrens wird durch die früher erwähnten Konzentrationsbestimmungen, insbesondere durch die materielle Prozessleitung des Gerichts unterbunden.²⁶ Am Beispiel des österreichischen Zivilprozesses zeigt sich, dass die Verstärkung offizioser Elemente im Verfahren durchaus nicht die Folge haben muss, dass im Rechtsmittelverfahren volle Neuerungserlaubnis bestehen muss. Auch das Rechtsstaatsprinzip zwingt nicht zu einer solchen Erlaubnis. Eher können dafür rechtsfürsorgende Erwägungen ins Treffen geführt werden; allerdings kommen in diesem Zusammenhang die Materialien zum Außerstreitgesetz nicht auf die Rechtsfürsorge zu sprechen (siehe dazu und zum Folgenden Jelinek, 2006: 11 ff).

Während im Zivilprozess neue Tatsachen und Beweismittel nur zur Dartuung und zur Widerlegung des Rechtsmittelgrunds, nicht aber zum Verfahrensgegenstand als solchem vorgebracht werden dürfen (§ 482 ZPO) erlaubt § 49 Abs 1 AußStrG im Grundsatz das Vorbringen auch solcher neuer Tatsachen und Beweismittel im Rekurs.²⁷

²⁵ Rechberger ist also gegenüber Fucik für die Phase vor der erstinstanzlichen Entscheidung strenger, für die Rechtsmittelphase hingegen milder als Fucik (Fucik, Kloiber, 2005: § 17 Rz 2 und 4).

²⁶ Treffend – auch in rechtsvergleichender Perspektive (Fasching, 1990: Rz 1725).

²⁷ Zur Auslegung siehe ErläutRV zu § 49 AußStrG (siehe zudem Fucik, Kloiber, 2005: § 49 Rz 1 ff; Klicka in Rechberger, 2006: § 49 Rz 1 ff; Mayr, Fucik, 2006: Rz 266 ff).

Allerdings ist dieser Grundsatz wegen der Mitverantwortung der Parteien für die Richtigkeit des Verfahrensergebnisses sehr eingeschränkt: Tatsachen und Beweismittel, die zur Zeit des Beschlusses der ersten Instanz bereits vorhanden waren (*nova reperta*), sind nicht zu berücksichtigen, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses hätten vorgebracht werden können, es sei denn die Partei kann dargetun, dass es sich bei der Verspätung (Unterlassung) um eine entschuld bare Fehlleistung handelt (§ 49 Abs 2 AußStrG). Umso mehr muss, ohne dass dies im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommt, das Nachtragen solcher Tatsachen zugelassen werden, die die Partei in erster Instanz ohne jegliches Verschulden nicht vorgetragen hat.²⁸

Gegenüber dem Zivilprozess liegt insoweit eine Erleichterung vor: Selbst dann, wenn die Unterlassung des Vortrags nur auf einer entschuld baren Fehlleistung der Partei beruht, kann im Zivilprozess die Tatsache weder im Rechtsmittel noch durch Wiederaufnahmsklage nachgetragen werden. Denn diese erlaubt das Nachtragen nur dann, wenn die Partei überhaupt kein Verschulden trifft (§ 530 Abs 2 ZPO).

Dass es die beschränkte Neuerungserlaubnis des Außerstreitverfahrens einer Partei, die in erster Instanz im Sinn des § 17 AußStrG untätig war, nach zutreffender Ansicht erlaubt, ihr Vorbringen im Rekurs dann nachzutragen, wenn ihre Untätigkeit auf einer entschuld baren Fehlleistung beruht hat, wurde bereits erwähnt.²⁹

Nova producta, als Tatsachen, die nach der erstinstanzlichen Beschlussfassung neu entstehen, rechtfertigen im Zivilprozess eine neue Klage, denn sie können im Rechtsmittelverfahren nicht geltend gemacht werden. § 49 Abs 3 AußStrG schafft hingegen ein Wahlrecht: Die Partei kann auf die neuen Umstände entweder einen neuen Antrag stützen oder auch versuchen, die Neuerungen im Rechtsmittel geltend zu machen; diese Neuerungen sind nur so weit zu berücksichtigen, als sie nicht ohne wesentlichen Nachteil zum Gegenstand eines neuen Antrags gemacht werden können. Dabei darf der Schutz der Gegenpartei nicht vernachlässigt werden. Denn diese verliert dann, wenn die *nova producta* im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden, eine Instanz. Daher kann allein die Verminderung des Verfahrensaufwands durch Geltendmachung im Rekurs das Abschneiden der vollen Verteidigungsrechte des Gegners nicht rechtfertigen. Es müssen besondere, weiter reichende Gründe, etwa spezielle Aspekte der Rechtsfürsorge vorliegen (vgl. Fucik, Kloiber, 2005: § 49 Rz Rz 5; Klicka, 2006: § 49 Rz 1).

²⁸ Im Übrigen ist trotz des Gesetzeswortlauts anzunehmen, dass zur Dargetuung und Widerlegung des Rechtsmittelgrundes Neuerungen im gleichen Ausmaß wie im Zivilprozess zulässig sind (Jelinek, 2006: 12).

²⁹ Oben 6.2.

9. Zusammenfassung und Ausblick

Das neue österreichische Außerstreitverfahrensrecht zeigt, dass es gute Gründe dafür gibt, in ausgewählten vermögensrechtlichen Antragsverfahren den Untersuchungsgrundsatz zu etablieren. Die Worte »Untersuchungsgrundsatz« und »Verhandlungsgrundsatz« markieren schlagwortartig eine Systementscheidung, die einem Verfahrensgesetz zugrunde liegt. Mit einer solchen Systementscheidung ist es ohne weiteres vereinbar, dass in das Verfahrensgesetz Regelungselemente eingebaut werden, die sich auf abweichende oder gegenläufige Grundsätze zurückführen lassen, also »systemwidrig« sind. Denn ein lebensfähiges, der umzusetzenden Materie angemessenes Verfahrensrecht kommt nur dann zustande, wenn der Gesetzgeber keinen Grundsatz lupenrein verwirklicht, sondern geschickt Regelungselemente kombiniert, die heterogenen Grundsätzen verpflichtet sind. Nur dadurch kann erreicht werden, dass das Gesetz auch in der Praxis zufriedenstellend umgesetzt werden kann.

Literatura / References / Literaturverzeichnis

Annerl, A. (2005) Die innerprozessuale Präklusion von Parteivorbringen im Zivilverfahren, (Wien: Facultas WUV Universitätsverlag).

Brehm, W. (2009) Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Auflage (Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Verlag Boorberg).

Deixler-Hübner, A. (2004) in Fasching, H. W., Konecny, A.(Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, II/1: EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO (2002). III: §§ 226 bis 469 ZPO (Wien: Verlag Manz).

Fasching, H. W. (1990) Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Auflage (Wien: Verlag Manz).

Fasching, H. W. (2002) in Fasching, H. W., Konecny, A.(Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, II/1: EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO (2002). III: §§ 226 bis 469 ZPO (2004). (Wien: Verlag Manz).

Fucik, R., Kloiber, B. (2005) Außerstreitgesetz Kurzkomentar (Wien: Verlag Manz).

Holzhammer, R. (1976) Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage (Wien, New York: Verlag Springer).

Jelinek, W. (2006) Rechtsstaatlichkeit und Rechtsfürsorge in Rechberger, W. (Hrsg) Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005 (Wien: Verlag Manz).

Klicka, T. (1997) Zum Gutachten über den Diskussionsentwurf Allgemeiner Teil des Außerstreitgesetzes in Richterwoche 1997, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 88, 51–81. Herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz Wien.

Klicka, T., Oberhammer, P., Domej, T. (2006) *Außerstreitverfahren*, 4. Auflage (Wien: Verlag Manz).

Klicka, T. (2006) in Rechberger W. (Hrsg) *Außerstreitgesetz Kommentar* (Wien, New York: Verlag Springer).

Mayr P. G., Fucik, R. (2006) *Das neue Verfahren außer Streitsachen*, 3. Auflage (Wien: Verlag WUV).

Paulus, C. G. (2004) *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, 3. Auflage (Berlin, Heidelberg, New York: Verlag Springer).

Rechberger, W. (2006) in Rechberger W. (Hrsg) *Außerstreitgesetz Kommentar* (Wien, New York: Verlag Springer).

Rechberger, W. (2006b) in Rechberger, W. (Hrsg) *Kommentar zur Zivilprozeßordnung (ZPO)*, 3. Auflage (Wien, New York: Verlag Springer).

Rechberger, W., Simotta, D.-A. (2009) *Zivilprozessrecht*, 7. Auflage (Wien: Verlag Manz).